

# HUKUKİ ÇOĞULLUK

H. Serdar HOŞ\*

## I. GİRİŞ

Günümüz hukuki anlayışları açısından önemli bir anlayış hukuki çoğulluk\*\* anlayışıdır. Hukuki çoğulluk anlayışı Batı toplumlarının iç dinamikleri açısından yeni tartışılmaya açılan bir olgu olarak kabul edilse de özellikle Batı dışında kalan toplumlar açısından yüzyıllardır var olan sosyal bir olguya işaret etmektedir. Günümüzde hukuki çoğulluk üzerine yapılan tartışmalar, pozitivist anlayışın egemen olduğu toplumlarda gelişen tekçi hukuk anlayışına eleştiri olarak tanımlanabilecek bir akım etrafında cereyan etmektedir. Batı toplumlarının özellikle küreselleşme ile yaşadığı değişim ile birlikte hukuki çoğulluğun Batılı toplumlar açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı araştırmalara konu olmuştur. Avrupa’da henüz güçlü olan ulus devletlerde bile hukuki çoğulluk anlayışının ele alınmaya başlanması söz konusu anlayışın meşruiyet zemini yoklaması olarak da değerlendirilebilir. Fakat bu tartışmalar hukuki çoğulluk anlayışının tarihi kökenleri ele alınarak yapılırsa daha gerçekçi bir alana taşınabilecektir. Söz konusu araştırmamda öncelikle hukuki çoğulluk tartışmasının ortaya çıkışını tarihsel kökenleri açısından ele alıp, bu olgunun Batı toplumuna yansımalarını incelemeye çalışacağım. Sonuç olarak ise hukuki çoğulluk düşüncesinin Türkiye açısından olumlu ve olumsuz olabileceği yönleri belirtmeye çalışıp çalışmamı sonlandıracağım.

## II. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ ve TANIMI

Batı’nın tarihine baktığımızda hukukun, tarihsel süreç boyunca insanların, sosyal grupların ve kurumların davranışlarını yönlendirmek ve düzenlemek için devletin başvurduğu bir araç olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu anlayıştan dolayı hukukun yapıcısı ve meydana getiricisi olarak sadece devlet söz sahibidir<sup>1</sup>.

Hukuki çoğulluk postmodernizm akımı ve bu çerçevede doğan tartışmaların hukuk alanına yansımaları olarak değerlendirilebilir. Hukuki çoğulluk düşüncesi Batı açısından gündeme sömürgecilik ile birlikte gelmiştir. Batılılara teorik ve hukuk dogmatikliği açı-

\* Ar. Gör. Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*\* “Legal Pluralizm” genelde Türkçe’ye çevrilirken “Hukuki Çoğulluk” olarak çevrilmiştir. “Çoğulluk” kavramına baktığımızda bir kavram hakkında olumlu bir tarafgirlik belirtmektedir. Bu nedenle ben çalışmamda Yrd. Doç. Dr. Saim Üye’nin önerdiği kullanım olan, belirleyici bir nitelik taşıyan ve tarafgirlik belirtmeyen “Çoğulluk” kavramını kullanmayı tercih edeceğim.

<sup>1</sup> Sezgin, Yüksel, “A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts”, *Association for Israel Studies*, 19th Annual Meeting, April 27-29 2003, San Diego, California, Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel, s. 4.’den aktaran, Mehmet Salih Kumaş, “Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukuku’ndaki Yeri”, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, Bursa, 2007, s. 96.

sından yabancı olan bu durum, sosyo-politik alanda birden fazla hukuk sisteminin aynı anda uygulanması olgusudur. Sosyal bir gerçeklik olarak hukuki çoğulluk Batılı devletler tarafından sömürge devletleri üzerinde uygulanmıştır. Hukuki çoğulluk kavramı Avrupa devletlerinin sömürge kurduğu ülkelerdeki toplumsal düzeni incelemeleriyle üretilmiş ve sömürge devletin hukuk sistemini yerel-yerli-geleneksel-merkezi hukuk olarak isimlendirerek sosyo-politik alanda birden çok hukukun varlığı ortaya çıkmıştır<sup>2</sup>. Söz konusu çok hukukluluk durumunda sömüren devletin getirdiği hukuk genelde iktidar ilişkileriyle ilgili olarak kamu hukuku düzenlemeleri ile ilgiliyken, sömürülen devletin hukuku özel hukuk bağlamında düzenlemeleri içermektedir. Bu bağlamda hukuki çoğulluk düşüncesi daha çok özel hukuk alanıyla sınırlı olarak, bir toplumda birbirinden farklı ve birden fazla hukuk sisteminin aynı anda bulunması olarak tanımlanabilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkacak hukuki uyumsuzluğun birden farklı şekilde çözümüne imkan verilmiş olacaktır. Tarihsel süreçte ve günümüzde birçok örneğine rastladığımız hukuki çoğulluk anlayışının farklı sebeplerden dolayı uygulandığını görmekteyiz. Söz konusu durumun doğal sonucu olarak da hukuki çoğulluğun farklı yapıları ve biçimleri olduğu söylenebilir<sup>3</sup>.

Sosyal bir olgu olarak hukuki alana yansıyan bir düşünce olarak idealize edilen hukuki çoğulluk kavramı yeni sayılabilecek bir düşüncedir. Bu anlamıyla hukuki çoğulluk düşüncesinin tartışılmaya açılması John Griffiths'in 1986'da yazdığı ve hukuki çoğulluğu açıklama çabasına giriştiği "What is Legal Pluralism"(Hukuki Çoğulluk nedir?) yazısıyla olmuştur. Griffiths'in bu yazısıyla birlikte hukuki çoğulluk üzerine tartışmalar ivme kazanarak günümüze kadar gelmiştir. Griffiths söz konusu yazısında hukuki çoğulluğu "ampirik bir olgu" ve "politik bir şart" ikiye ayırmıştır. Griffiths ampirik bir olgu olarak hukuki çoğulluğu incelerken daha çok sömürgecilik sürecinde görülen Batı'nın dışında kalan toplumlardaki hukuki yapıları işaret etmektedir. Politik bir şart olarak hukuki çoğulluk ise Batı toplumları için idealize edilen hukuki yapıya işaret etmektedir<sup>4</sup>. Aynı şekilde Sally Engle Merry de 1988'de yazdığı "Legal Pluralism"(Hukuki Çoğulluk) adlı eserinde hukuki çoğulluğu ikiye ayırmaktadır; "klasik hukuki çoğulluk" ve "yeni hukuki çoğulluk". Merry'nin bu ayırımında da Griffiths'in yaptığı ayırma benzer şekilde, klasik hukuki çoğulluk sömürgecilik sürecinde görülen çok hukukluluğu kapsarken yeni hukuki çoğulluk anlayışı Batı'nın değerleri üzerinden tanımlamalar içermektedir<sup>5</sup>.

On sekizinci yüzyılda sömürgeleştirmenin hız kazanmasıyla birlikte başta dönemin başat gücü İngiltere ile birlikte birçok Batılı sömürgeci ülkenin gündemine Griffiths'in ampirik bir olgu olarak tanımladığı hukuki çoğulluk kavramı girmiştir. 1772 yılında East India Co.(Doğu Hindistan Şirketi)'nin yönlendirmeleriyle hazırlanan yeni hukuk sistemi toplum katmanları tarafından benimsenmeyince miras ve aile hukuku gibi özel hukuku ilgilendiren

2 Murat Yüksel, Hukuki Plüralizm, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2003, s.76-77.

3 Mehmet Salih Kumaş, "Hukuki Çoğulluk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış", s.3, [http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2006-15\(2\)/M13.pdf](http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2006-15(2)/M13.pdf)(13.6.2012)

4 John Griffiths, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Sayı. 24, 1986, s. 5-6

5 Sally Engle Merry, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, cilt. 22, sayı. 5, 1988, s. 872-874.

alanlarda, toplumun çoğulcu bir sistem içerisinde uyguladıkları kast sisteminin veya Şeriat Hukuku'nun da merkezi hukuk sistemiyle birlikte yürürlükte kalması kabul edilmişti<sup>6</sup>. Bu süreç ile geniş coğrafyalara taşınan ikili hukuk yapısı sömürge ülkelerine yayıldı. Aslında bu ülkelerin hukuki çoğulluğu bünyelerinde taşıdıklarını savunan görüşler de vardır fakat tarihsel sürece biraz daha gerçekçi bir yapıyla bakılacak olursa buradaki hukuki çoğulluk kavramının Batı'nın anladığı ve değer olarak koyduğu kavramlar üzerinden tanımlandığını görebiliriz. Söz konusu gelişmeler ve hukuki çoğulluk üzerine yapılan tartışmalar sonucu sosyal bilimciler, özellikle de hukuk antropologları hukukun, artık devletin farklı organları tarafından yapılan belirli uygulamalar, kurallar, emirler, mahkeme kararları vb. gibi çeşitli argümanlarla sınırlı olmadığını ileri sürmüşlerdir. Hukuk geniş olarak bir köy, etnik grup, kurum veya bir devlet gibi sosyal alanda toplumsal düzeni sağlayacak normatif kuralların oluşması ve devam etmesi olarak anlaşılabilir bir yapıya bürünmüştür<sup>7</sup>. Bu bağlamda "yarı bağımsız sosyal alan", "hukuki çok merkezilik" ve "azınlıklar" kavramları hukuki çoğulluk bağlamında ön plana çıkmıştır.

Yukarıdaki kavramlara kısaca bakacak olursak; Merry devletin dışında kalan yani merkezin dışında kalan hukuku karşılayacak bir kavramın olmadığını belirtmektedir. Sosyal hayatın içinde var olan kurallara da hukuk denilip denilmeyeceği konusunda tartışmalar olsa da söz konusu kuralların toplumsal yapıdan bağımsız düşünülmemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu kavrama karşılık olarak Moore yarı bağımsız sosyal alan belirlemesini yapmaktadır. Moore'a göre hukuk koyucu ile halk arasında sosyal alan normatif bir boşluk içermez. Kuralların iletildiği ve toplumsal alanda uygulandığı sosyal ortam, farklı kaynaklardan beslenen kurallar ve kurumlardır<sup>8</sup>. Bu hukuki yapılar, devlet hukukunun düzenlediği alanların tamamen içinde de olabilir, tamamen dışında da kalabilir, kısmi olarak uygunluk da gösterebilir. Bu düşüncesine örnek olarak da Tanzania'daki Chagga bölgesindeki uygulamayı göstermiştir. Buna göre Chagga yarı bağımsız bir sosyal alan olarak devlet hukukuna ve yargısına gerek duymaksızın, toplumsal düzenini sağlamış ve bu düzenin devamlılığı için kurallar üretmiştir<sup>9</sup>.

Hukuki çok-merkezilik olgusuysa daha çok Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çok merkezilik kavramı bir sosyal yapı içerisindeki farklı hukuk sistemlerine gönderme yapan, yalnızca formel farklılıkları değil, aynı zamanda değer felsefesine ait kavramların farklılıklarını da açıklamak için başvuru bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>10</sup>. Bu düşünceye göre devlet etrafında oluşan hukuki merkezizetçilik ideolojik bir yapıya sahiptir ve kabul edilemez. Hukuki çok merkezilik hukuki formları yaratmak amacıyla normatif düzenin devlete ait olmayan biçimleri ile

6 Griffiths, a.g.e., s. 6-7.

7 S.F. Sally Moore, "Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study", *Law and Society Review*, Cilt: 7, Sayı: 4 1973,s. 719-730.

8 Moore, a.g.e.,s 722

9 Griffiths, a.g.e., 31-31, Moore, a.g.e.,s. 745.

10 Petersen, Hanne, "Reclaiming 'Juridical Tact'? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (Pluralist) Sources of Polycentric Law" *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law*, Darmouth Publishing, USA, 1995, s. 174.'den aktaran Kumaş, a.g.e., s. 113.

devlet arasındaki ilişkilere gönderme yapar<sup>11</sup>.

Son olarak azınlıklar kavramına değinecek olursak, Batılı toplumlarda küreselleşme süreciyle bir değişimin gözlemlendiğini söyleyebiliriz. Bu gözlemlenen olgu çerçevesinde hukuki çoğulluk düşüncesi önem kazanmıştır. Geçmiş dönemde sömürgelemlerle kurulan bağlar sonucu Batılı devletlerde toplumun bazı kesimlerinde sömürge devletten gelen vatandaşlar bulunmaktadır. Bu bağlamda azınlık statüsü kazanabilecek topluluklar merkezi yönetimden kendi hukuklarını uygulamak üzere taleplerde bulunmaktadırlar. Tanınmadıkları ölçüde de kendi toplulukları açısından kendi kurallarıyla toplumsal ilişkileri düzenlemeye devam etmektedirler. Batılı toplumların artık ayrılmaz bir parçası haline gelen azınlıklar, hem hukukun bölgesel farklılıklar göstermesine hem de bölgesel hukukî mekanizmaların gelişmesine yol açmışlardır. Bu hukukî yapılar zamanla is ilişkileri, sosyal alan, aile ilişkileri, eğitim gibi konularda toplumun tüm kesimlerini de içine alacak şekilde çoğulcu bir anlayışın yerleşmesini sağlamıştır<sup>12</sup>. Bu bağlamda İngiltere örneği önem arz etmektedir. İngiltere’de kurulan Şeriat Mahkemeleri<sup>13\*</sup> ve bunlarda uygulanan Şeriat prensipleri bu duruma örnek verilebilir<sup>14</sup>.

Hukuki çoğulluk kavramının açık bir biçimde anlaşılmasının önündeki en büyük engel araştırmacıların üzerinde oydaşım sağladığı bir hukuk tanımı yapılamamasıdır. Hukuki çoğulluk üzerine araştırma yapanların çeşitli hukuk tanımları mevcuttur ve genel olarak bu tanımlamalar pozitivist hukuk anlayışının devleti merkeze alan klasik hukuk tanımlamalarından farklılıklar arz etmektedir. Hukuki çoğulluk düşüncesi üzerine düşünceler ortaya koyan araştırmacıların hareket ettiği, en çok üzerinde anlaştıkları tespitlerden biri hukukun devletle sınırlandırılmayacak sosyal bir gerçeklik olduğu düşüncesidir. Bu düşünce bağlamında hukukun devlet merkezli olarak algılanması hukuki merkezîyetçilik anlayışının bir uzantısıdır ve hukuki çoğulcular bu anlayışı reddetmektedirler<sup>15</sup>.

Hukuki çoğulluk düşüncesinin aşmak zorunda olduğu iki temel problem çıkmaktadır karşımıza; bunlardan ilki hukukun tanımı, ikinci olarak da yapılacak bu hukuk tanımıyla sosyal hayat kurallarının arasındaki farkın ne olduğudur. Tamahana’nın üzerinde durduğu üzere, hukuki çoğulluk düşüncesinin olumlu bir hukuk anlayışı olduğunu düşünenler hukukun devlete ihtiyaç duymadan, hatta ona rağmen de var olan ve varlığını sürdüren sosyal bir gerçeklik olduğu düşüncesinde birleşirler. Hukuki çoğulluk düşüncesini olumlu bulanlara göre hukuk, din, etnik adetler, ahlaki kurallar, örf ve adetler gibi belirli bir davranış modeli belirleyen her türlü kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Söz konusu tanımın doğal sonucu olarak devlet merkezli hukuk anlayışı hukuku tanımlamada yetersiz kalmaktadır<sup>16</sup>.

11 Yüksel, a.g.e., s 77.

12 Kumaş, a.g.e., s. 105.

13 Örnekler için bkz. <http://www.islamic-sharia.org/> (13.6.2012)

14 Maria Reiss, “The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari’a Council Decisions Should be Non-Binding”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, cilt 26, sayı,3 2009, s. 739-740

15 Griffiths, a.g.e., s. 10.

16 Brian Z Tamanaha., “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, cilt 27, sayı. 2, 2000, s. 298-300.

### III. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCSİNİN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE UYGULAMADAKİ ÖRNEKLERİ

Çoğu toplumda görülen bir sosyal gerçeklik olsa da hukuki çoğulluk farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çoğulluk düşüncesinde olumlu görüşlere sahip olanların tanım ve sınıflamalarına baktığımızda bu farklılıkların en önemli sebebi hukuki sistemi oluşturan unsurların farklılıklar taşımasıdır. Griffiths devlet dışı hukuki yapıların bir hukuki yapı olarak görülemeyeceğini belirtir ve buna göre hukuki çoğulculuğu oluşturan unsurlar, devlet hukukuyla birlikte var olan toplumsal hukuk kuralları veya kurallar grubu şeklinde görülmektedir<sup>17</sup>. Tamanaha’nın da belirttiği üzere yapılan çeşitli hukuki çoğulluk tanımlarına bakıldığında genellikle normatif çoğullukla eşit olarak kabul edilmektedir. Sonuç olarak hukuki çoğulluğu, hukuki veya normatif kuralların bir sosyo-politik yapı içerisinde çoğulcu ve sistemli bir şekilde bulunması olarak kabul etmek mümkün görünmektedir<sup>18</sup>.

Hukuki çoğulluğun tarihsel süreçte göz önünde bulundurarak farklı açılardan sınıflandırılmasını yapacak olursak; ilk olarak “yerli hukuk” ve “transfer hukuk” ayrımına değinmek yerinde olacaktır. Bu ayrım kaynak ve hukuki yapı bakımından en eski ve en belirgin sınıflandırma olarak karşımıza çıkmaktadır. Griffiths’in makalesinde verdiği örnek bu sınıflandırmaya uymaktadır. 1772 yılında Doğu Hindistan Şirketi’nin İngiliz Hukuku’nu temel alarak hazırlanan transfer hukukuyla birlikte özel hukuka giren konularda halkın uyguladığı geleneksel kast sistemine veya Şeriat hukukuna dayalı olarak var olan kuralların da yürürlükte kalmasına izin verilmesi bu sınıflandırmanın temelini oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Bu sınıflandırmada asıl olan yerel hukuk ile transfer hukuk arasındaki ilişkidir. Sömürge devlet bünyesinde aynı sosyo-politik alanda gerçekleşen çok hukukluluk genelde sömürgeci devletin dayattığı hukuk ile izin verdiği hukuk arasında belirgin hale gelmektedir.

İkinci olarak değinebileceğimiz sınıflandırma “devlet hukuku” ve “azınlık hukuku” sınıflandırması olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada söz konusu olan durum resmi hukuk ile azınlık hukukunun birlikte uygulanmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Bu sınıflandırmadaki hukuki çoğulluk düşüncesinde devletin azınlık olarak kabul ettiği gruplara bazı konularda resmen ayrı hukuk kurallarının uygulanmasını veya azınlık gruplarının kendi içerisinde oluşturduğu hukuki yapıların uygulama alanı bulmasına göz yumulması söz konusudur. Genellikle Uzakdoğu ülkelerinde bu sınıflandırmaya örnek teşkil edebilecek durumlarla karşılaşmaktadır. Örneğin Hindistan’da azınlıkta olan Müslümanlara Şeriat hukukunun uygulanmasında bu tarz müsamahalar gösterildiği görülmektedir.

Üçüncü tür olarak adlandırabileceğimiz sınıflandırma “geleneksel hukuk” ve “modern hukuk” olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada da söz konusu olan modern devlet yapılarında devletin bir başka devletin baskısı olmaksızın, kendi isteğiyle kabul ettiği ve modern bir hukuk sistemine kavuşmayı amaçlayarak yürürlüğe koyduğu hukuk ile yerleşik geleneksel

17 Griffiths, a.g.e., 13.

18 Tamanaha, a.g.e., s 315-318

19 Griffiths, a.g.e., s. 6.

hukuki yapının bir arada var olması durumudur. Söz konusu sınıflandırma da daha çok Batı dışındaki toplumlarda Batı'nın hukuk sistemlerini modern olarak kabul etme ve uygulamaya geçirmek istemesiyle ortaya çıkmaktadır

Son olarak küreselleşme süreciyle birlikte ortaya çıkan geleneksel hukuk-ulusal hukuk-uluslar üstü hukuk sınıflandırmasıdır. Bu sınıflandırmaya göre ulusal hukuk sistemlerinin karşısına iki ayrı hukuki yapı çıkar. Sosyo-politik alan bağlamında ulusal hukuk açısından dışarıdan uluslar üstü hukuk söz konusuyken içeriden geleneksel hukukun varlığı söz konusudur. Küreselleşmeyle birlikte gittikçe birbirine bağlı hale gelen hukuki yapılar birbirleriyle devamlı bir etkileşim içindedirler. Chiba bu üçlü yapıyı “yerel hukuk”, “devlet hukuku” ve “dünya hukuku” olarak adlandırıp incelemektedir<sup>20</sup>. Bu üçlü ayırımı bulan hukuki yapılar aynı anda uygulanma fırsatı bulabilirken birbirleriyle zaman zaman çatışık durumda olmaları da söz konusu olmaktadır. Bu sınıflandırmaya en uygun örnek kişilerin iki ayrı hukuka da tabi olduğu Avrupa Birliği hukuku verilebilmektedir.

Yukarıda yaptığımız sınıflandırmaların temeli hukuki yapıyı oluşturan unsurların farklılıklarından kaynaklanmaktaydı. Bir başka sınıflandırma ise hukuki unsurların devlet hukuku karşısında aldığı konum ve devlet hukukuyla olan ilişkisi bağlamında yapılabilir. Bu açıdan yaptığımız sınıflandırmayı da “zayıf yapılı” ve “devlet merkezli” hukuki çoğulluk olarak ayırabiliriz. Söz konusu ayırım Griffiths'in yaptığı ve temellendirdiği bir ayırmadır. Buna ayırma göre devletin dışında kalan hukuki yapıları resmen tanıyarak kendi hukuk sistemine dahi etmesiyle ortaya çıkan bir yapı söz konusudur. Devletin hangi hukuki yapıları dışarıda bırakmayı tercih ettiği ya da hangilerini bünyesine aldığı tartışmasına göre zayıf yapılı veya devlet merkezli hukuki çoğulluğun ortaya çıkacağı şekillenmektedir. Bu tür bir ayırımı mevcut sistem dışında kalan geleneksel kurallardan bazıları hukuki sisteme dahil edilir ve devletin mevcut hukuki sistemiyle uyumlu hale getirilir. Devletin merkezîyetçi anlayışı dışında kalan hukuki yapıların tamamını bünyesine alması durumu da, kendi hukuku ile uyumlu kısımları bünyesine katıp diğer kalan bölümleri dışarıda bırakması durumu da söz konusu olabilir. Bu bağlamda devletin yeterli tanıma veya yetersiz tanıma durumu ortaya çıkmaktadır. Eğer devlet toplumda var olan normların büyük bir kısmını resmi bir tanımayla bünyesine katarsa yeterli tanımadan bahsedebiliriz. Fakat bazı toplumsal kuralları bünyesine katıp homojenleştiriyorsa büyük çoğunluğu hukuki sistem dışında bırakıyorsa yetersiz tanımadan bahsedebiliriz. Bu duruma İsrail'de evlenme ve boşanma gibi daha çok aile hukukunu ilgilendiren alanlarda gerçekleştirilen uygulamalar örnek gösterilebilir. İsrail'de genel olarak Şeriat hukuku resmi olarak kabul görünürken Şeriat hukukuna göre çok eşlilik kurumu caiz olmasına rağmen yasaklanmıştır<sup>21</sup>. Griffiths'e göre devletin belli bir sosyal yapının ürettiği ve yaşattığı normatif değerleri tanıyarak, bu değerleri süreç içerisinde kültürel bir kökeni karşılamaktan yoksun olacağını savunarak bu tarz hukuki çoğulluk

20 Masaji Chiba, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*, cilt 11, sayı 3, Şubat 1998), s. 232-233.

21 Yüksel Sezgin, “Legal Unification and Nation Building in the Post-colonial World: A Comparison of Israel and India”, *The Journal of Comparative Asian Development*, cilt 8, sayı 2, 2009, s. 275.

düşüncesini zayıf yapılı olarak tanımlamaktadır<sup>22</sup>. Güçlü yapılı hukuki çoğulluk düşünce-sindeyse devlet, toplumda görülen ve hukuki yapı olarak kabul edilebilecek yapıları hiçbir şekilde tanımaz ve bu hukuki yapılarla mücadele içindedir. Buna rağmen söz konusu hukuki yapılar toplumda kendi kökenlerine sadık kalarak gereksinmeleri karşılamaya devam eder.

Sonuç olarak hukuki çoğulluk düşüncesinin tarihsel gelişim sürecinde sömürgecilik ve küreselleşme evreleri büyük önem taşımaktadır. Bu süreçte devletin yerli- geleneksel hukuku tamamen veya kısmen tanımasının bazı sebepleri vardır. Çoğunlukla hukuki çoğulluk zayıf siyasi merkezi yapının gücünü ve otoritesini meşrulaştırmak için kullanılan bir araç halini almaktadır. Bu bağlamda geleneksel hukuk merkezi hükümet ya da sosyo-politik çevrede güç kazanmak isteyen iktidar iddiası bulunan gruplar tarafından etkili bir araca dönüşmektedir<sup>23</sup>. Özellikle siyasi gücün ulaşamadığı kırsal kesimlerde daha güçlü bir yapı tesis etmek istemesi sonucu güçlü bir yargı hakimiyeti kurmak istemesi doğaldır. Böylelikle merkezi yapıya ağırlık teşkil eden yargı sisteminin getirdiği yükü de dengeli bir şekilde kendi lehine dağıtmış olmaktadır. Çok parçalı yapıya sahip toplumlarda (etnik ve dini vb. gruplar açısından) bloklar arası hoşgörü ve tahammülü arttırmakla birlikte istikrarlı bir barış ortamı yaratarak birlikte yaşama pratiği kazanmak açısından hukuki çoğulluğu çare olarak gören görüşler bulunmakla birlikte hukuki çoğulluğun merkezi yönetimi zayıflatacağı ve çatışmaları arttıracacağı görüşünü de belirtenler bulunmaktadır. Özellikle tarihsel süreç içinde Batı dışındaki toplumları sömürgecilik anlayışıyla birlikte kendi değerlerine göre şekillendirmek istemiştir. Batılı devletlerde günümüzde yaşanan gelişmeler sonucunda parçalı bir toplum yapısı oluşmuştur. Bu parçalı toplum yapısının çatışmaları, postmodernizmin çözmesi ve aşması gereken en büyük problemlerden birisi olarak karşılarında durmaktadır. Bu bağlamda hukuki çoğulluğu kendi açılarından bir çare olarak gören düşünürlerin yanında bu çarenin işleri daha da işin içinden çıkılmaz hale sokacağını savunan düşünürler de vardır. Griffiths ise devlet hukuku içinde bir bölünme anlamına gelen bu tarz bir hukuki çoğulluğun hukuk ideolojisi meselesi olduğunu ileri sürerek, bu hukuki çoğulluk düşüncesinin sosyal bir gerçekliği yansıtmadığını ileri sürmektedir. Hatta bu tür uygulamaların gerçek anlamda hukuki çoğulluk kavramını karşılamadığını belirtmektedir<sup>24</sup>. Fakat Griffiths'in aksini düşünen çok sayıda araştırmacı da vardır ve bu tarz bir hukuki çoğulluk anlayışının da dikkatle üzerinde durulması gerektiğini belirtmektedirler. Bu bağlamda tarihsel süreç içerisinde çeşitli yönleriyle ele aldığımız hukuki çoğulluk anlayışının olumlu veya olumsuz yönlerine göz atabiliriz.

22 Griffiths, a.g.e., s. 8-9.

23 Bu tartışma bağlamında çoğu hukuki çoğulluk çeşidi iktidar ilişkilerini yeniden tesis etme yöntemi olarak kullanılmaya elverişli bir yapı da ortaya çıkarmaktadır. Örneğin Medine Vesikası ile ilgili Ali Buluç'un yazdığı yazı üzerine yapılan tartışmalar bu bağlamda değerlendirilmeye açıktır. Toplumsal barış projesi olarak ortaya çıkarılan Medine Vesikası tartışmaları gerçekçi bir bakış açısıyla bakıldığında eski iktidar ilişkilerinin o dönem konjonktürüne uymaması ve yerine yeni iktidar ilişkilerinin kurulması paylaşımının tekrar tesis edilmesi amacından başka bir şey ifade etmediği söylenebilir.

24 Griffiths, a.g.e., s. 11-14.



#### IV. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN OLUMLU YÖNLERİ

Hukuki çoğulluk düşüncesinin olumlu bir yönelim olduğunu düşünen araştırmacılara göre devletin hukuk aracılığıyla bireylerin kimlik ve kurumlara yön vermektedir. Bu anlamda hukuk sosyal gerçekliğinden uzaklaşma ve iktidarın bir tahakküm aracı haline gelmektedir. Hukuki çoğulluğun olumlu bir anlayış olduğunu düşünenler anlamdaki hukukun bireyler açısından uyumsuzluklarını çözmek için başvurdukları bir gerçeklik olmadığını ileri sürmektedirler. Yeni hukuki çoğulluk anlayışında yapılan çoğu tartışma hukukun bu yönüne yönelik olarak, hukuk-kültür ilişkisi çerçevesinde yapılmaktadır. Kültürün iki açıdan önemi söz konusudur; kimlik ve özgürlük<sup>25</sup>. Fakat asıl olarak kültürü önemli kılan şey de onun özgürlüğü destekleyici rolüdür. Hukuki çoğulluğun da tesis ettiği ortamda merkezîyetçi bir hukuk anlayışının, ülke içinde bulunan farklı kültürel değerlerin ve dolayısıyla farklı kimliklerin yok olması anlamına gelen uygulamalar önlenilecek ve böyle bir ortamda kimliklerin özgürce kendini geliştirmesi sağlanacaktır. Böylelikle hukuk devletin tekelinde olan hukuk yaratma sürecinden çıkıp, kültürel değerleri, toplumun kurallaştırdığı değerleri tanıyarak bireylere, gruplara ve cemaatlere özgür bir alan oluşturmuş olacaktır. Sonuç olarak hukuki çoğulluk anlayışı böylelikle özgürlükleri daha ön plana alan bir hukuk anlayışını besleyecektir.

Hukuki çoğulluk anlayışının bir diğer olumlu yönü çok parçalı (etnik vb.) toplumlarda ülkedeki sosyal grupların, cemaatlerin desteklerini almak ve bu gruplar arasında çatışma riskini azaltmak olarak belirtilebilir. Bu bağlamda Ali Bulaç'ın Birikim Dergisi'nde tartışmaya açtığı "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar" başlıklı yazısı önem arz etmektedir. Bu argümanı güçlendirmek üzere kaleme alınan yazıda Hz. Muhammed'in daha önce iç çatışmalarla boğuşan Medine'de barışı Medine Vesikası ile sağladığını, bu vesika çerçevesinde de toplumda farklı gruplara çok hukukluluk benzeri bir yapının sağlanmasının barış ortamını tesis ettiğini belirtmektedir. Bu çıkarımların siyasi ve gerçekçi bir bakış açısını yansıtmadığı belirtilebilir. Fakat çok parçalı toplumlarda toplumsal barışı sağlamak için hukuki çoğulluk anlayışının kullanılabilirliği görülmektedir. Böyle bir anlayış çerçevesinde devletin otoritesini yaymak amacıyla da hukuki çoğulluk anlayışına başvurulduğu görülmektedir<sup>26</sup>. Sonuç olarak hukuki çoğulluk toplumdaki ayrı blokları uyum içinde yaşamaya sevk etmese bile birbirlerine karşı hukuki durumlarını sabitleme ve barış içinde yaşama açısından önem arz etmektedir.

Hukuki çoğulluk anlayışı kültürle ilişkisi bağlamında düşünüldüğünde hukukun toplumsal değerlerden ortaya çıktığını öngörmektedir. Bu düşüncenin doğal sonucu olarak da hukuk değişen toplumsal yapıya paralel olarak kendini yenileyecek ve geliştirecektir.

Son olarak İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan gelişmeler ile birlikte bazı temel hak ve özgürlükler açısından vazgeçilemez, devredilemez ve dokunulamaz ola-

25 Nafiz Tok, *Kültür, Kimlik ve Siyaset, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 38-39'dan aktaran Kumaş, a.g.e., s. 142.*

26 Yüksel, a.g.e., s. 85-86

rak tanımlanmış ve bunlar evrensel değerler olarak kabul edilmiştir. Söz konusu değerler hukuk devleti anlayışının ayrılmaz parçaları haline gelmiştir. Hukuki çoğulluk düşüncesi özellikle ikinci tanımıyla düşünüldüğünde kendisini bu değerlere dayandırma eğilimi içindedir. Bu dayandırma eğilimi neticesinde de hukuki çoğulluk insan hakları ve hukuk devleti kavramlarının güçlenmesine yardımcı olmaktadır.

#### V. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN OLUMSUZ YÖNLERİ

Tarihsel süreç içinde devlet mekanizması her geçen gün daha da güçlenmiştir. Modern devlet ile birlikte ulus devlet kavramı ortaya çıkmış ve bu bağlamda düşünceler ulus devlet kavramına paralel şekilde gelişmiştir. Bazı ulusal devlet algılamaları ve uygulamaları yukarıda belirtilen insanlığın kazanımı olan değerleri hiçe saymaktayken bazıları bu değerleri korumak için hukuk devletine önem vermişlerdir. Ulus devletlerde genel olarak hukuki çoğulluk anlayışı otoriteyi zayıflatacağı, kontrolsüz bir alan yaratacağı için olumsuz değerlendirilmiştir. Çünkü böyle kontrolsüz alanlarda söz konusu değerler ihlal edilebilir ki bu kazanılan değerlerden geriye dönüşü temsil etmektedir. Bu bağlamda Maria Reiss'ın makalesinde İngiltere Hukuku ile İngiltere'de kabul görmeye başlayan Şeriat hukuku uygulamalarına göz atabiliriz. Maria Reiss'ın da belirttiği gibi aile hukuku üzerinde yapılan incelemeler de göstermektedir ki Şeriat hukuku yukarıda değinilen insanlığın kazanımı olan değerlerden bir geri dönüşü temsil etme aşamasına kadar gelebilmektedir<sup>27</sup>. Burada ki asıl sorun yukarıda da belirtildiği üzere hukuk tanımının nasıl yapıldığı, hangi sosyal grup uygulamalarının tanınacağı ya da tanınmayacağı sorunudur. Sonuç olarak hukuki çoğulluk devlet otoritesinin zayıflaması yönünde de sonuçlar doğurabilmektedir.

Hukukun normatif bir yapı olarak amaççı bir yapısı olduğu düşünülürse, adalet, toplumsal düzen, güvenlik gibi amaçları olduğu kabul edilebilir. Bu amaçlardan toplumsal düzeni ve güvenliği sağlamak devletin örgütlü mekanizmasıyla gerçekleştirilebilecek olgulardır. Devlet mekanizması ise bunu sağlamak için dini, etnik vb. ayrımlara atıf yapmadan uygulamalarda bulunmak zorundadır. Fakat kültürel, dini farklılıklar sonucu derinleşen ayrımlar hukuki çoğulluk anlayışında söz konusu olabilir. Tarihsel süreçte de sosyo-politik olarak bu ayrımlaşmalar sömürgeci devletler tarafından yeni iktidar ilişkileri yaratmak için kullanılmıştır. Özellikle hoşgörünün hakim olmadığı, iç çatışma riski olan toplumlarda hukuki çoğulluk anlayışı gruplar arasında mücadelelerin yaşanmasına ve bunun sonucu olarak toplumsal düzen ve barışın bozulmasına yol açabilecek boyutta uygulamalara neden olabilecektir.

Hukuki çoğulluk anlayışının merkezi devletin yargı yükünü hafifleteceği öngörülmekle birlikte her kültürün kendi kurallarını uygulama isteği sonucunda ortaya çıkacak kargaşa göz ardı edilmektedir. Toplumda kendini diğer insanlardan farklı gören her bireyin veya her grubun kendine göre kısmen veya tamamen farklı hukuk kurallarına sahip olması söz konusu olacaktır ki bu durumda parçalı yapı arttıkça hukuk kuralı diyebileceğimiz kurallar da artacak belki bir süre sonra kurallar sayılamayacak boyuta gelecektir. Hangi somut olaya

27 Reiss, a.g.e., s. 743-757.

hangi grubun hangi kuralının uygulanacağı tamamen içinden çıkılmaz bir hal alabilecektir. Böyle bir anlayışın gerçekleşmesi durumunda hukuki kargaşa ortamı doğacak ve yargılama süreçlerinde büyük problemler yaşanabilecektir.

## VI. SONUÇ

Sonuç olarak hukuki çoğulluk düşüncesiyle ilgili bazı saptamalar yapılabilir. Hukuki çoğulluk tarihsel süreç içerisinde sömürgecilik anlayışıyla birlikte ortaya çıkan sosyal bir gerçekliktir. Tekçi hukuk anlayışının egemen olduğu hatta gelenekselleştiği toplumlar açısından birden fazla hukuk kaynağının varlığı sakıncalar teşkil edebilir. Batı dünyası sömürgeleştirme sürecinde siyasi otoritelerini tabana yaymak amaçlı olarak farklı gruplara özerklikler vermiştir. Bu gruplar arasında denge gözetmiş fakat nihai sonuç olarak devletin siyasi yönetimini kendi elinde daha rahat tutma imkanına sahip olmuştur. Hukuki çoğulluk düşüncesi bu bağlamda iktidar ilişkileriyle yakından alakalı olarak bir araç olarak kullanılmıştır. Hukuki çoğulluk düşüncesi özellikle politik bir şart olarak veya yeni hukuki çoğulluk olarak ele alındığında Batı toplumunun kullandığı hakimiyet aracının kendine yönelmiş olduğu gerçeğini de su yüzüne çıkarmıştır. Batı'nın dışında gerçekleşirken romantik olarak nitelendirilebilecek hukuki çoğulluk anlayışı, Batılı toplumlar açısından kendi içlerinde ele alındığında bir sorun olarak karşılımlarına çıkmakta ve genellikle merkezîyetçiliği zedelediği ölçüde mücadele edilmektedir. Hukuki çoğulluk geleneksel kuralların hukuku geliştireceği öngörüsünde bulunmaktadır fakat gerçeklik boyutuna bakıldığında, geleneksel dinamik yapıya sahip hukuk olarak kabul edebileceğimiz kuralları pozitifleştirerek sabit hale getirmekte bir nevi dondurmaktadır ki böylelikle dinamik yapı statik bir yapıya hapsedilmektedir. Yukarıda belirtilen kazanımları koruma iddiası ve dolayısıyla kültür, kimlik ve özgürlük gibi kavramlara hizmet etme durumu da iyimser bir bakış açısıyla yaklaşıldığında kabul edilebilir fakat gerçekçi bir bakış açısıyla bakıldığında bu kavramların birbiriyle çatışıp kazanımların da kaybedilebileceği söylenebilir. Bireyler, gruplar ve bloklar arası ilişkilerin toplumsal düzeni sağlayacak ve barışı egemen kılacak şekilde gelişeceği sadece iyimser bir öngörü olarak kabul edilebilir görünmektedir.

## KAYNAKÇA

- CHİBA, Masaji, "Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World", *Ratio Juris*, cilt 11, sayı. 3, Şubat 1998
- GRIFFİTHS, John "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Sayı. 24, 1986
- KUMAŞ, Mehmet Salih, "Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukuku'ndaki Yeri", *Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Bursa, 2007
- KUMAŞ, Mehmet Salih, "Hukuki Çoğulluk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. 15, sayı 2, Bursa 2006

- MERRY, Sally Engle "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, cilt. 22, sayı. 5. , 1988,
- MOORE, S.F. Sally, "Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study", *Law and Society Review*, Cilt: 7, Sayı: 4, 1973
- REİSS, Maria "The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should be Non-Binding", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, cilt 26, sayı,3 2009
- SEZGİN, Yüksel, "Legal Unification and Nation Building in the Post-colonial World: A Comparison of Israel and India", *The Journal of Comparative Asian Development*, cilt 8, sayı 2, 2009
- TAMANAHA. Brian Z "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, cilt 27, sayı. 2, 2000,
- YÜKSEL, Murat *Hukuki Plüralizm*, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2003